Zur Lehre von den gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverboten

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Max Hüesker

Regierungsreferendar in Düsseldorf.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546822_0075

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung.

§ 1. 1. Aufgabe, Umgrenzung und Disposition der Arbeit . 1
§ 2. 2. Stellung der Literatur zu dem Begriff „Veräußerungsverbot" 5

B. Hauptteil.

I. Die Regelung der Veräußerungsverbote im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 134, 135).

§ 3. 1. Allgemeines: Absolute und relative Veräußerungsverbote 9
2. Das absolute Veräußerungsverbot (§ 134 BGB.).
§ 4. a) Gleichstellung von gesetzlichem und richterlichem Verbot 10
§ 5. b) Das Schicksal der verbotswidrigen Verfügung . . 12
§ 6. c) Folgerungen 14
3. Das relative Veräußerungsverbot (§ 135 BGB.).
§ 7. a) Das richterliche und sonstige behördliche Verbot . 19
§ 8. b) Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung sowie durch den Konkursverwalter 20
c) Das Schicksal der verbotswidrigen Verfügung (§ 135 Abs. 1 BGB.).
§ 9. aa) Allgemeines 24
§ 10. bb) Die Rechtsstellung des Geschützten im einzelnen 25
d) Folgerungen.
§ 11. aa) Wegfall der Unwirksamkeit, Konvaleszenz der Verfügung 31
§ 12. bb) Stellung des gutgläubigen Dritterwerbers . 32
§ 13. cc) Berücksichtigung von Amts wegen 37
§ 14. 4. Zusammenfassung 38

Seite

II. Untersuchung von Verboten des Bürgerlichen Gesetzbuches (im weiteren Sinne) auf ihre Qualität als echte absolute oder relative Veräußerungsverbote (im Sinne der §§ 134 bis 136).

§ 15. 1. Allgemeines (keine Veräußerungsverbote) 40

2. Keine Veräußerungsverbote in den Titeln

§ 16. a) Bedingung, Zeitbestimmung, Einsetzung eines Nacherben 43

§ 17. b) Gesellschaft, eheliches Güterrecht (II. vertragsmäßiges), Mehrheit von Erben 44

§ 18. c) Eheliches Güterrecht (I. gesetzliches) 45

§ 19. d) Testamentsvollstrecker 46

3. Keine Veräußerungsverbote bei

§ 20. a) Belastung eines Rechts mit dem Rechte eines Dritten 47

§ 21. b) Beschränkungen der Vertretungsmacht 47

4. Veräußerungsverbote mit eigener Regelung (unechte Veräußerungsverbote).

§ 22. a) BGB. §§ 1052, 2129, 1984; KO. §§ 6 u. 7. Allgemeines 48

§ 23. b) BGB. §§ 1052, 2129 49

§ 24. c) BGB. § 1984; KO. §§ 6 u. 7 50

§ 25. C. Ergebnis 57

Literaturverzeichnis.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. 1886—1889.

Biermann, Bürgerliches Recht. Bd. 1. 1908.

Biermann, Widerspruch und Vormerkung. Jena 1901.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1900, Bd. 3 1905.

Dernburg, Bürgerliches Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 1: Die allgemeinen Lehren. 3. Aufl. 1906. Bd. 3: Das Sachenrecht. 4. Aufl. 1908.

Eccius, Relative Nichtigkeit von Verfügungen des Gemeinschuldners und des Erben. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 50.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. Bd. 1: Einleitung, allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse. 1903. Bd. 2: Erste Abteilung, Sachenrecht. 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. 1908.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1888.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1: Materielles Grundbuchrecht 1902. Bd. 2: Formelles Grundbuchrecht. 1908.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8./9. Aufl. 3. Halbbd. Tübingen 1907, 4. Halbbd. 1908.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1903.

Herold, Wie wirken im Grundbuch die Verfügungsbeschränkungen zugunsten bestimmter Personen? Im Sächsischen Archiv für Rechtspflege 1. Jahrg. 1906.

Hünerfeld, Über die gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverbote des römischen und des heutigen Rechts. Breslauer Diss. 1905.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. Berlin 1903, 3./4. Aufl. 1907. 1. u. 2. Lieferung.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten, Stempel- und Strafsachen von Reinhold Johow und Viktor Ring. Bd. 22. Berlin 1901.

Kirschbaum, Das richterliche Veräußerungsverbot. Marburger Diss. Wiesbaden 1902.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1906.

Kormann, Die kirchenrechtlichen Veräußerungsbeschränkungen beim katholischen Kirchengut und das bürgerliche Recht. In Stutz, Kirchenrechtliche Abhandlungen Heft 42 1902.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. 3. Jahrg. Heft 10.

Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Bd. 1. Leipzig 1908.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig (Guttentag) 1880.

Neumann, Hugo, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1—3. 4. Aufl. 1905.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. Bd. 1 1903, Bd. 2 1907, Bd. 3 1906, Bd. 4 1906, Bd. 5 1908.

Petersen-Anger, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 2 5. Aufl. Lahr 1906.

Predari, Die Grundbuchordnung. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs von Spahn, Achilles, Gebhardt. Berlin 1897.

Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1908.

Ramdohr, Das Prinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen Bd. 44 1900.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis Bd. 1. Berlin 1899.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. München Bd. 1 1907, Bd. 2 1908.

Sobernheim, Ein Beispiel für die Anwendung der materiellrechtlichen Vorschriften zugunsten des guten Glaubens (§ 407 BGB.). Berliner Diss. Borna-Leipzig 1906.

Solon, Zur Lehre von den Veräußerungsverboten der §§ 135, 136 BGB. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1908.

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 3./4. Aufl. Bd. 1 1907, Bd. 3 1907, Bd. 4 1. u. 2. Teil 1908, Bd. 5 1.—3. Lieferung 1908.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Bd. 1: Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. Paderborn 1906.

Wendt, Verfügungen über Erbschaftsanteile (§ 2033 BGB.). Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 89 S. 42 ff. Freiburg i. B. 1899.

A. Einleitung.

1. Aufgabe, Umgrenzung und Disposition der Arbeit.

§ 1.

Gesetz oder Richter verbieten die Veräußerung. Zu ergänzen ist: „und sonstige Verfügung". Was lehrt das Bürgerliche Gesetzbuch darüber? So könnte rein sprachlich das Thema umschrieben werden.

Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß mit einer solchen Fragestellung nichts anzufangen ist. Es fehlt der Begriff der Zuwiderhandlung.

Also Gesetz oder Richter verbieten die Verfügung. Der Betroffene bekümmert sich nicht um das Verbot. Welche rechtlichen Wirkungen erkennt das Bürgerliche Gesetzbuch der trotzdem vorgenommenen Handlung (Veräußerung, Verfügung) zu? Man könnte versucht sein, zu sagen: keine, denn sonst würde das Gesetz die Handlung nicht verbieten. Das trifft auch des öfteren zu. Die Motive meinen sogar der Regel nach.[1]) Aber nicht immer, wenn das Gesetz etwas verbietet, raubt es damit der Zuwiderhandlung jegliche rechtliche Wirkung. Die Gründe, welche dazu führen, einem Rechtsgeschäfte entgegenzutreten, würden oft die harte Folge nicht rechtfertigen, das Erklärte schlechthin als ungültig zu behandeln.[2])

---

[1]) Mot. zu dem Entw. eines BGB. für das Deutsche Reich Bd. 1 S. 210.

[2]) Dernburg, Die allgem. Lehren des bürgerl. R. 3. Aufl., Halle 1906, S. 388/89.

Im römischen Recht unterschied man vielfach leges perfectae, die Nichtigkeit, leges minus quam perfectae, die Strafe, aber keine Nichtigkeit, und leges imperfectae, die weder Strafe noch Nichtigkeit im Gefolge hatten.

Während die republikanische Gesetzgebung noch nicht die Gepflogenheit hatte, das verbotene Geschäft allemal zu annullieren, und selbst noch in der klassischen Zeit ein allgemeines Prinzip, wonach an die gesetzliche Prohibition schlechthin die Nichtigkeitsfolge geknüpft wäre, nicht bestand (Mitteis),[3]) bestimmten Theodosius II. und Valentinian III., daß die gegen ein Gesetz vorgenommenen Handlungen nichtig sein sollten, sofern nicht das Gesetz etwas anderes bestimme, mit anderen Worten, daß alle leges ohne weiteres als perfectae anzusehen seien.[4])

Auch § 134 BGB. erklärt alle leges im Zweifel für perfectae: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Gebot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt".

Ein anderes ergibt sich stets dann, wenn das Gebot nur die tatsächlichen Wirkungen des Geschäfts treffen will, z. B. wenn der Kaufmann entgegen den §§ 41 a, 55 a GewO. an Sonn- oder Festtagen etwas verkauft. Hier kann ein Zweifel, daß das Gesetz die rechtlichen Wirkungen des Rechtsgeschäfts nicht treffen will, nicht obwalten. Der Kauf ist gültig zustande gekommen, ebenso eine etwaige Tradition. Nur machen die Begleitumstände, hier unerlaubte Zeit, die Vornahme strafbar (lex minus quam perfecta).

Aber auch wenn diese Fälle ausgeschaltet werden,

---

[3]) Mitteis, Röm. PrivR. bis auf die Zeit Diokletians Bd. 1, Leipzig 1908, S. 246.

[4]) l. 5 C. de legit 1, 14.

nimmt das Gesetz nicht jeder Rechtshandlung, die es verbietet, jegliche Wirkung. Das zeigt § 135 Satz 1 BGB.: „Verstößt die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist sie nur diesen Personen gegenüber unwirksam", nicht aber schlechthin nichtig.

Da im § 134 das Rechtsgeschäft Verfügung und das Verbot Veräußerungsverbot sein kann, so hat § 134 mit § 135 gemein, daß er Folgen an den Verstoß einer Verfügung gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot knüpft.

Mithin sind sowohl § 134 wie § 135 BGB. als sedes materiae für die Lehre von den Veräußerungsverboten zu betrachten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt die Veräußerung durchgehend als einen Unterbegriff der Verfügung.

Es liegt der eigenartige Fall vor, daß gegen das Verbot der Veräußerung, des engeren Begriffs, die Verfügung, der weitere Begriff, verstößt.

Am besten läßt sich das wohl historisch erklären. Die römische alienatio, die gewöhnlich mit Veräußerung übersetzt wird, ist umfassender als die Veräußerung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Noch die Motive[5]) heben hervor, daß der Begriff der Veräußerung im allgemeinen nicht bloß das Aufgeben der Substanz eines Rechtes (Übertragung und Aufhebung des Rechtes), sondern auch die Belastung eines Rechtes oder einer Sache umfasse. Im nächsten Satze wird hinzugefügt, daß der Entwurf den Ausdruck „Veräußerung" der Regel nach nur in dem engeren Sinne gebrauche.

Man ging m. E. von dem Ausdruck „Veräußerungsverbot" aus und legte hierbei den umfassenderen Begriff

---

[5]) Bd. 1 S. 213.

zugrunde, sprach aber im Entwurf — nunmehr an den heutigen Begriff denkend — nicht von dem Verstoß durch „Veräußerung", sondern durch „Übertragung oder Aufhebung eines Rechts und Belastung einer Sache oder eines Rechts", was der Verfügung des (§ 135) Bürgerlichen Gesetzbuchs entspricht. Kohler[6]) meint: „A majori fit denominatio".

Es ist Veräußerungsverbot gleich Verfügungsverbot zu setzen.

Diese Auffassung unterstützen die Worte des Entwurfs[7]): „Als gesetzliches Veräußerungsverbot gilt auch die in einem Rechtsgeschäft sich gründende . . . Verfügungsbeschränkung".

§ 134 u. § 135 enthalten, wie bereits angedeutet, nicht selbst Verbote, etwas zu veräußern, Veräußerungsverbote, sondern sie bestimmen lediglich das Schicksal der gegen ein Veräußerungsverbot vorgenommenen Verfügung, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt". Diese dem § 134 beigefügte Einschränkung darf man wohl auch dem § 135 hinzugefügt denken.

Welches Schicksal trifft nun die verbotswidrige Verfügung, und wo sind die Veräußerungsverbote zu finden, auf welche die §§ 134, 135 Bezug nehmen?

Dem nachzuforschen, soll der Zweck der folgenden Betrachtung sein.

Es wird sich daher für das Folgende eine Zweiteilung ergeben müssen.

Im ersten Teil (I) sind die §§ 134, 135 BGB. und die mit ihnen im Zusammenhang stehenden anderweitigen Vorschriften einer Erörterung zu unterziehen.

---

[6]) Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 S. 559.

[7]) § 107 Abs. 2.

Das Bürgerliche Gesetzbuch sagt nicht, unter diesen oder jenen Voraussetzungen ist „die Veräußerung verboten". Es vermeidet, einzelne Veräußerungsverbote direkt zu zeigen. Die Ansichten, welche Gesetzesnormen als Veräußerungsverbote anzusprechen sind, gehen daher auch sehr auseinander. Im zweiten Teile (II) wird deshalb ein kasuistisches Durchgehen der einzelnen als Veräußerungsverbote hauptsächlich in Betracht kommenden Normen sich kaum umgehen lassen.

2. Stellung der Literatur zu dem Begriff „Veräußerungsverbot".

§ 2.

Man wird ohne Übertreibung sagen dürfen, daß über wenige Begriffe des Privatrechts so viel Unklarheit herrscht, wie über den Begriff der Veräußerungsverbote, meint Kormann in einem Exkurs über die rechtliche Natur der Veräußerungsverbote.[8]) Und er hat nicht ganz unrecht.

Auffällig ist sofort, daß die meisten Schriftsteller nicht einmal den Versuch zu einer Begriffsbestimmung machen.

Von den Kommentatoren überschreibt Planck[9]) seine Anmerkung zu § 134 mit „Verbotene Rechtsgeschäfte", die zu § 135 mit „Veräußerungsverbot zum Schutz bestimmter Personen" und beginnt sie mit den Worten: „Der § 135 enthält eine Modifikation des in § 134 auf-

[8]) Kormann, Die kirchenrechtlichen Veräußerungsverbote beim katholischen Kirchengut und das bürgerl. R., in Stutz, Kirchenrechtliche Abhandlungen Heft 42 1907.

[9]) Planck, BGB. nebst EG. 3. Aufl. Bd. 1 1903, Bd. 2 1907 Bd. 3 u. 4 1906, Bd. 5 1908, Bd. 1 S. 243.

gestellten Grundsatzes". Staudinger[10]) wendet sich sogleich dem Zweck eines gesetzlichen Veräußerungsverbots zu. Neumann[11]) nennt, ähnlich wie Planck, den § 135 eine Einschränkung der Vorschriften des § 134. Im weiteren bezeichnet er die Veräußerungsverbote als eine Unterart der Verfügungsbeschränkungen (im Sinne des § 892 BGB.) und zählt eine große Zahl von Kategorien auf, die als Veräußerungsverbot im Sinne des § 134 „in Betracht kommen" könnten, um dies am Schlusse bei sämtlichen zu verneinen.

Von den Systematikern schlägt Dernburg[12]) dieselben Wege ein wie die Kommentatoren. Er behandelt unter dem Oberabschnitt „unzulässige Geschäfte" zunächst die verbotenen Geschäfte (§ 134) und dann die Veräußerungsverbote. Den letzteren Abschnitt leitet er mit den Worten ein: „Die Veräußerlichkeit vermögensrechtlicher Güter ist die Regel. Aber Veräußerungsverbote können ihr entgegentreten", um dann sogleich zu den Wirkungen überzugehen.

Ganz ähnlich verhalten sich Biermann,[13]) Crome[14]) und Endemann.[15]) Biermann hält sich eng an den Text des Gesetzes. Crome bezeichnet als systematisch verfehlt, auch diejenigen Bestimmungen hierherzuziehen, welche eine Sache ganz oder nur teilweise dem Verkehr entziehen. Veräußerungsverbote und Verkehrsentziehung hätten nichts miteinander zu tun. Hiergegen werde viel-

---

[10]) J. v. Staudinger, Komm. z. BGB. u. dem EG. 3. u. 4. Aufl. Bd. 1 1907, Bd. 3 1907, Bd. 4 1908, Bd. 5 1908, Bd. 1 S. 437.

[11]) Handausgabe des BGB. Bd. 1 S. 129.

[12]) Bürgerl. R. Bd. 1 S. 411.

[13]) Bürgerl. R. Bd. 1 S. 177.

[14]) System des bürgerl. R. Bd. 1 S. 377.

[15]) Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 S. 545.

fach gesündigt. Enneccerus[16]) und Fuchs[17]) gehen von den Verfügungsbeschränkungen aus.

Eigene Wege wandelt Kohler,[18]) der bestreitet, daß der Begriff des Veräußerungsverbots ein einheitlicher sei.

Die von Ramdohr[19]) in seiner schwer verständlichen Abhandlung und von Herold[20]) gegebenen Definitionen bedeuten keine wesentliche Förderung: „Das Verbot, zu veräußern, ist das Verbot, von einer an sich ungeschmälert weiterbestehenden Verfügungsmacht Gebrauch zu machen" (Herold). Veräußerungsverbote sind „Rechtsgebilde, kraft deren verboten wird, daß jemand eine Aufhebung oder Übertragung von Rechten sowie endlich deren Belastung vornimmt" (Ramdohr). Beide bestreiten, daß die Verbotswirkung zu einer Entziehung der Verfügungsmacht führte.

Wie Kohler[21]) leugnet auch Kormann[22]) die Einheitlichkeit des Begriffs der Veräußerungsverbote und behauptet im Gegensatz zu Crome,[23]) daß er in zwei völlig verschieden geartete Begriffe auseinanderfalle, „nämlich auf der einen Seite in den der Beschränkung der Verfügungsmacht, und auf der anderen Seite in den der Beschränkung der Verkehrsfähigkeit".

Noch buntscheckiger fällt das Bild aus, wenn man sieht, welche Normen von den genannten Schriftstellern und anderen zu den Veräußerungsverboten gezählt werden.

---

[16]) Enneccerus, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 S. 332.
[17]) Grundbuchrecht Bd. 1 S. 163.
[18]) Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 S. 157.
[19]) Bei Gruchot Bd. 44 S. 324 ff.
[20]) Im Sächs. Arch. f. Rechtspfl. Jahrg. 1 S. 481 ff.
[21]) a. a. O.
[22]) a. a. O. S. 104.
[23]) a. a. O.

Die meisten verleihen diesen Charakter in der freigiebigsten Art und Weise.

Große Mühe gibt sich Raape mit der „Einschnürung des vagen Veräußerungsverbotsbegriffs".[24]) Er meint,[25]) je mehr man diesen seit Anbeginn an allzu großer Weichheit leidenden Begriff einschnüre, um so mehr Halt bekomme er. Veräußerungsverbote seien durch Verbote mehr oder minder unterstützte „singuläre Lähmungen der Veräußerung und sonstigen Verfügung". Er gibt selbst zu, daß der Ausdruck Lähmungen usw. etwas farblos sei und statt dessen der Ausdruck Verfügungsbeschränkung anschaulicher, hält aber den letzteren nicht für ganz genau.[26])

---

[24]) Das gesetzliche Veräußerungsverbot, Berlin 1908, S. 179.
[25]) a. a. O. S. 174.
[26]) a. a. O. S. 82.

B. Hauptteil.

I. Die Regelung der Veräußerungsverbote im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 134, 135).

1. Allgemeines: Absolute und relative Veräußerungsverbote.

§ 3.

Unter der Randbemerkung „Absolute und relative Veräußerungsverbote" sagen die Motive zu § 107 des Entwurfs, die Wirksamkeit eines Veräußerungsverbots gestalte sich verschieden je nach dem Zwecke, welchem dasselbe diene. Der Zweck sei entweder Schutz der Interessen aller oder Schutz der Interessen einzelner. Das im Interesse aller, im öffentlichen Interesse, ergehende Veräußerungsverbot wirke seiner Natur nach unbeschränkt; die zuwiderlaufende Veräußerung sei nichtig. Das zum Schutz der Interessen einzelner erlassene Veräußerungsverbot gehe in seinen Wirkungen nicht weiter, als dieser Schutz erfordere; absolute Nichtigkeit könne nicht seine Folge sein.

Im Anschluß hieran wird gemeinhin unterschieden zwischen absoluten und relativen Veräußerungsverboten.

Die einen nennen absolut solche, die im Interesse der Allgemeinheit erlassen sind und die Nichtigkeit der Zuwiderhandlung im Gefolge haben, relativ solche, die nur zum Schutze bestimmter Personen erlassen sind und

die Unwirksamkeit nur diesen Personen gegenüber zur Folge haben. Andere führen als Unterscheidungsmerkmal nur das jeweilig zuerst genannte Kriterium an, ohne auf die Folgen des Verbots einzugehen. Dritte lassen die Wirkungen maßgebend sein.

Die Ausdrücke „absolut und relativ" werden also sowohl auf die Schutztendenz wie auf die Verbotswirkungen bezogen.

Die Motive vermengen zwar beides, geben aber zu, daß sich Veräußerungsverbote finden, welche zugunsten gewisser Personen gereichen und dennoch unbeschränkt wirken. Die dafür gegebene Erklärung, eine nähere Betrachtung lehre, daß zugleich das öffentliche Interesse, und zwar überwiegend, beteiligt sei, halte ich nicht für sehr glücklich.

2. Das absolute Veräußerungsverbot (§ 134 BGB.)

a) Gleichstellung von gesetzlichem und richterlichem Verbot.

§ 4.

Sowohl § 134 wie § 135 sprechen nur von gesetzlichen Verboten, und § 136 stellt das richterliche oder sonstige behördliche Veräußerungsverbot lediglich dem gesetzlichen Verbot des § 135 gleich, ohne des § 134 zu gedenken. Man könnte danach der Ansicht sein, daß das richterliche Verbot stets ein relatives wäre (vgl. z. B. Kirschbaum[27]) und Wendt[28]).

Dem ist aber nicht so. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, insbesondere die Motive, sprechen dagegen.[29])

---

[27]) Das richterliche Veräußerungsverbot, Diss. S. 43.

[28]) Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 89 S. 46.

[29]) Mot. Bd. 1 S. 212 (auch Prot. z. allgem. Teil S. 260).

Nach ihrer Bemerkung, der Zweck eines Veräußerungsverbots sei entweder der Schutz der Interessen aller oder der Schutz der Interessen einzelner, sagen sie ausdrücklich: „Es gilt dies ebensowohl für das gesetzliche wie für das richterliche Veräußerungsverbot. Die letztere Unterscheidung ist überhaupt mehr äußerer Natur; mittelbar beruht auch das richterliche Veräußerungsverbot auf Gesetz". Die Absicht der Verfasser ist klar. Die weiteren Stadien des Gesetzes lassen nirgends erkennen, daß diese Absicht einer Revision unterzogen worden wäre. Es liegt m. E. ein Redaktionsfehler vor. Bei der sowieso schon ungenauen Fassungsweise des § 135 — man denke nur an das Wort „Veräußerungsverbot" — kann das auch nicht weiter wundernehmen.

Die Gleichstellung von richterlichem und gesetzlichem Veräußerungsverbot rechtfertigt sich nur unter den gleichen Bedingungen. Nur das relative richterliche Verbot ist dem gesetzlichen des § 135 gleichzustellen, und ebenso darf dem Verbot des § 134 ein absolutes richterliches Verbot gleichgestellt werden. Es werden denn auch gemeinhin[30]) die richterlichen Veräußerungsverbote ebenso eingeteilt wie die gesetzlichen, allerdings ohne daß die Mehrzahl der betreffenden Autoren auf den — wie nicht zu leugnen ist — dagegen sprechenden Wortlaut des § 136 eingehen. Die Frage ist nicht ohne Bedeutung, soweit Unwirksamkeit, Konvaleszenz, Schutz des guten Glaubens und Grundbuchsperre in Betracht kommen.

---

[30]) vgl. z. B. Crome, System Bd. 1 S. 378; Dernburg, Bürgerl. R. § 124 II; Planck Anm. 1 zu § 135; Staudinger Anm. 2 zu § 135.

b) Das Schicksal der verbotswidrigen Verfügung.

§ 5.

Das Schicksal der gegen das Verbot des § 134 vorgenommenen Verfügung ist Nichtigkeit, d. h. die Lage sieht rechtlich so aus, als ob überhaupt keine Handlung (Verfügung) vorgenommen wäre. Die Verfügung ist überhaupt nicht vorhanden.

Das Verbot richtet sich nun nicht nur gegen einen bestimmten Verfügungsakt, z. B. des Eigentümers, sondern gegen alle seine Verfügungsakte über den Gegenstand, dessen Veräußerung verboten ist, ohne daß dieser deshalb etwa res extra commercium wäre. An dem Gegenstand liegt es nicht, daß kein gültiger Akt zustande kommt. Auch ist nicht nur ein Akt ungültig — etwa mit einem bestimmten Gegenkontrahenten —, sondern jeder Akt mit jedem beliebigen Vertragsgegner. Es liegt also die Unwirksamkeit auch nicht am Gegenkontrahenten. Die Ungültigkeit des Aktes ist vielmehr — das ist das erlösende Wort — von einem Mangel im Rechte des Verfügenden begleitet. Wenn das Gesetz alle Verfügungen des Eigentümers als nicht vorhanden betrachtet, so liegt darin, daß er überhaupt nicht verfügen kann, daß die Verfügungsbefugnis ihm entzogen ist. Das Schicksal der verbotswidrigen Verfügung, die Nichtigkeit, hat die Verfügungsentziehung im Gefolge. Das absolute Veräußerungsverbot gehört zu den Rechtslagen, die Beschränkungen der Verfügungsmacht (Verfügungsentziehung) hervorrufen.

Ich kann daher die von Dernburg[31]) an die Spitze seines Abschnittes über die Veräußerungsverbote gestellten Worte nicht für glücklich halten.

---

[31]) Bürgerl. R. Bd. 1 S. 411 und oben § 2.

Das Verbot „muß bei der Person des Veräußerers haltmachen", meint Ramdohr,[32]) um dann gleich darauf von einem Mangel in der Dispositionsbefugnis zu sprechen. Im folgenden wird er nicht deutlicher: „Veräußerungsverbot und Verfügungsbeschränkung stehen zueinander in einem ähnlichen Verhältnis wie obligatorische Befugnisse einerseits und dingliche Gerechtsame andererseits. Die beiden ersten Gegenstücke wenden sich an die Rechtssubjekte, indem sie deren Willen in einer bestimmten Richtung sich untertan machen. Die andern beiden treten in Beziehungen zu den Gegenständen, haften an diesen und bewirken so, daß sie unverändert fortbestehen, was auch immer mit dem Vermögensstück vorgehen möge". Er läßt dann Hauptfälle der Veräußerungsverbote und Verfügungsbeschränkungen folgen, ohne aber die beiden Arten voneinander zu sondern. Seine mystischen[33]) Unterscheidungen an den Beispielen klarzumachen, daran denkt er nicht.

Herold[34]) kommt zu einer scharfen „Scheidung zwischen Verfügungsbeschränkungen, die auf einem Veräußerungsverbote, und solchen, die auf der Beschränkung des Verfügungsrechts, der Verfügungsmacht, beruhen". Das Verbot, zu veräußern, sei das Verbot, von einer an sich ungeschmälert weiterbestehenden Verfügungsmacht Gebrauch zu machen, Beschränkung der Verfügungsmacht aber sei eine teilweise Entziehung der Macht, zu verfügen.

Beide, Ramdohr und Herold, lassen sich m. E. von dem Worte Verbot zu falschen Schlüssen verleiten. Verbot darf nicht im strengen Wortsinne aufgefaßt werden.[35])

---

[32]) a. a. O. S. 326 ff.
[33]) Raape a. a. O. S. 32.
[34]) a. a. O. S. 485 ff.
[35]) vgl. oben § 1.

Verbot ist eher mit Mißbilligung zu identifizieren. Das Schicksal der gemißbilligten Verfügung wird noch ausdrücklich mit dem Worte „Nichtigkeit" gekennzeichnet, und erst damit wird die Mißbilligung (das Verbot des § 134) zu einem Verbot im strengen Wortsinn. Es ist daher nicht zu billigen, wenn Herold[36]) sagt, Veräußerungsverbot und Beschränkung der Verfügungsmacht schlössen einander begrifflich aus.

Für die hier vertretene Auffassung sprechen auch § 107 des Entw. und § 137 des Gesetzes. Abs. 2 des § 107 lautet: „Als gesetzliches Veräußerungsverbot gilt auch die in einem Rechtsgeschäft sich gründende, nach gesetzlicher Vorschrift gegen Dritte wirksame Verfügungsbeschränkung". Wenn ferner der bedeutend korrekter als seine unmittelbaren Vorgänger sich ausdrückende § 137 sagt: „die Befugnis der Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden", so darf man wohl in dem ganzen Zusammenhang argumentum a contrario hinzudenken, also wohl durch Gesetz oder Richter.

c) Folgerungen.

§ 6.

Die verbotswidrige Verfügung ist nichtig.

Im Wesen der Nichtigkeit liegt es, daß eine Konvaleszenz ausgeschlossen ist.

Verstößt nur ein Teil des Rechtsgeschäfts gegen das Verbot, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.[37])

---

[36]) a. a. O. S. 486.

[37]) BGB. § 139.

Das für den Fall der Nichterfüllung einer gesetzlich verbotenen Leistung gegebene Versprechen einer Konventionalstrafe ist unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.[38])

Auf die Nichtigkeit kann sich jedermann berufen. Eines besonderen Rechtsaktes, um sie geltend zu machen, bedarf es nicht. Sie ist von Amts wegen zu berücksichtigen.

Dagegen ist m. E. nicht gesagt, daß auch die Umgehung eines absoluten Veräußerungsverbotes stets nichtig sein müsse.[39]) Es war allerdings in Ergänzung des nunmehrigen § 134 ein diesbezüglicher Antrag gestellt worden: „Einem verbotenen Rechtsgeschäft ist auch ein solches gleichzuachten, das in anderer Rechtsform den nämlichen Zweck erreichen will, dem das gesetzliche Veräußerungsverbot des erstgedachten Geschäfts entgegensteht". Der Antragsteller verzichtete jedoch selbst auf die Abstimmung hierüber, und man ließ den Passus in der Erwägung fallen, daß die Entscheidung der Frage von der Auslegung des jeweiligen rechtsgeschäftlichen Tatbestandes und der diesen Tatbestand erfassenden Norm abhänge. „Man würde Gefahr laufen, daß eine Reihe erlaubter Rechtsgeschäfte für nichtig erklärt werden, wenn man in die Auslegungsfreiheit des Richters eingreifen und diesem im Gesetze eine Direktive erteilen wollte."[40]) Es ist also Sache der Auslegung im einzelnen Falle. Denn oft komme es vor, meint Dernburg,[41]) daß das Gesetz bloß

---

[38]) BGB. §. 344.

[39]) And. A. Hünerfeld, über die gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverbote des römischen und des heutigen Rechts S. 98 und die dort Zitierten.

[40]) Prot. der Kommission für die 2. Lesung des Entw. des BGB. Bd. 1 S. 123.

[41]) Bürgerl. R. Bd. 1 S. 59.

bestimmte, ihm vorzugsweise gefährlich erscheinende Geschäftsweisen treffen wolle, dagegen es für Handel und Verkehr bedenklich erachte, alle verwandten, den gleichen oder ähnlichen Zwecken dienende Geschäfte in Frage zu stellen.[42])

Die Grundsätze über den gutgläubigen Erwerb einer beweglichen Sache oder eines Rechts an derselben greifen nicht Platz. Die Motive[43]) erklären dies damit, daß es nicht bloß um einen Mangel in dem Rechte des Veräußerers sich handelte, sondern daß das Veräußerungsgeschäft selbst zugleich verboten und nichtig sei.

Aber selbst wenn sich die Verbotsfolgen des § 134 in der Verfügungsentziehung erschöpften, wäre es noch nicht ohne weiteres klar, daß die Vorschriften des § 932 BGB. anzuwenden seien. Denn nach dem strikten Wortlaut wird nur der Mangel des Eigentums in der Person des Veräußerers durch den guten Glauben des Erwerbers gedeckt. Dieser strikten Auffassung huldigen z. B. Neumann,[44]) Staudinger[45]) und Planck.[46]) Gegen sie wendet sich Dernburg,[47]) der die Regelung des § 932 Abs. 2: „Der Erwerber ist nicht im guten Glauben, wenn ihm bekannt oder grobfahrlässigerweise unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört" nur als das Herausheben eines Hauptfalles, in welchem der gute Glaube fehlt, ansieht.[48]) Er behandelt als redlichen — gutgläubigen — Besitzer, wer seinen Erwerb entschuldbarer-

---

[42]) a. a. O. Anm. 18.
[43]) Bd. 1 S. 214.
[44]) Handausgabe Bd. 1 S. 657.
[45]) Komm. Bd. 3 S. 309.
[46]) BGB. Bd. 3 S. 229.
[47]) Bürgerl. R. Bd. 3 S. 335.
[48]) vgl. auch Wendt, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 89 S. 63.

weise für rechtmäßig hält. Dem Einwurf, daß es dann doch beispielsweise des § 366 HGB. nicht bedurft habe, der diese Grundsätze für die Veräußerung eines Kaufmanns im Betriebe seines Handelsgewerbes eigens statuiert, hält er entgegen, die Bedeutung des § 366 sei darin zu suchen, daß die richtige Behandlung der Frage jedenfalls für den Handelsverkehr sichergestellt werden sollte, was gegenüber den Mißverständnissen, die sich an die Worte des § 932 Abs. 2 anknüpfen könnten und angeknüpft hätten, nicht überflüssig wäre. M. E. ist die entgegengesetzte Schlußfolgerung richtig. Das Handelsrecht verlangt in vieler Hinsicht eine freiere Gestaltung, Sondernormen; so auch hier. Der Grund der Ausnahme liegt darin, daß im Handelsverkehr mit Verfügungsberechtigungen des Angestellten, Agenten, Kommissionärs gerechnet werden muß, während das im sonstigen Verkehr nicht in dem Maße der Fall ist. Und wozu brauchte dann im Einzelfalle stets gesagt werden „die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiteten, finden Anwendung"? Nach Dernburg würden diese Sätze zu bloßen Auslegungsregeln degradiert. Also auch wenn das Verbot des § 134 lediglich in einer Verfügungsentziehung sich erschöpfte, könnten die Vorschriften zugunsten des Gutgläubigen keine Anwendung finden.

Das absolute Veräußerungsverbot ist nicht eintragungsfähig, sagen wörtlich die Motive.[49]) An anderer Stelle[50]) betonen sie, daß die im öffentlichen Interesse verhängten Verfügungsbeschränkungen gegen jedermann wirkten, gleichviel ob die Beschränkung durch eine Vorschrift des Gesetzes oder auf Grund einer solchen durch

[49]) Bd. 1 S. 214.
[50]) Bd. 4 S. 216.

eine Anordnung des Gerichts begründet, ob sie in das Grundbuch eingetragen sei oder nicht; ihnen gegenüber sei die Berufung auf den Glauben des Grundbuchs ausgeschlossen, weil das Privatinteresse, dessen Schutz durch diese Einrichtung bezweckt wird, dem öffentlichen Interesse nachstehen müsse.

Hinsichtlich des absoluten Veräußerungsverbots besteht also ebenso wie bei Geschäftsunfähigkeit oder Geschäftsbeschränktheit keine Garantie für die Vollständigkeit des Grundbuchinhalts, da das Grundbuch über solche Beschränkungen grundsätzlich keine Auskunft zu geben hat. Denn § 892 Satz 2 macht nur die zugunsten bestimmter Personen bestehenden Verfügungsbeschränkungen über ein im Grundbuch eingetragenes Recht und deren Wirkung von der Eintragung oder Kenntnis des Erwerbers abhängig. Der vertretenen Ansicht folgt auch die herrschende Meinung.[51])

Ob gegenüber einem absoluten Veräußerungsverbot Ersitzung eintreten kann, ist dem Inhalt des Verbots zu entnehmen. Mit diesen Worten lassen die Motive[52]) die Ersitzung prinzipiell zu. Man darf daran anschließend wohl sagen, daß im Zweifel die unter den gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit[53]) erfolgte Ersitzung jedem Verbote gegenüber ihre Anerkennung finden muß.

Das Veräußerungsverbot steht der Gültigkeit eines Vertrages nicht entgegen, wenn das Veräußerungsverbot

---

[51]) vgl. Staudinger Bd. 3 S. 81, 165; Planck Bd. 3 S. 255; Fuchs Bd. 1 S. 163; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Bd. 1 S. 255; and. A. Raape S. 37 und die dort Zitierten.

[52]) Bd. 1 S. 214.

[53]) vgl. BGB. §§ 937 ff.

wegfallen kann und der Vertrag für diesen Fall geschlossen ist.[54])

Für den Fall, daß ein richterliches, absolutes Veräußerungsverbot wieder aufgehoben wird, weil es sich als unberechtigt herausgestellt hat, weist Rehbein[55]) auf eine analoge Anwendung des § 115 BGB. hin. Die Verfügungen des Berechtigten sollen gültig sein. Wenn auch das Verbot materiell unbegründet war und im Einzelfalle eine gewisse Billigkeit für eine derartige Analogie sprechen mag — für die das Gesetz selbst übrigens nicht den geringsten Anhalt bietet —, so verträgt sie sich doch nicht mit dem Charakter des Verbots, dem jeder Schwebezustand widerstrebt. Ließe man derartiges zu, so erhielten die Betroffenen, die sich dann mehr oder weniger alle auf den Standpunkt stellen dürften, das Verbot sei unbegründet, mit der dadurch gewährten Aussicht auf Konvaleszenz einen Vorteil, welcher der ratio des Gesetzes gerade entgegengesetzt sein dürfte.

3. Das relative Veräußerungsverbot (§ 135 BGB.).

a) Das richterliche und sonstige behördliche Verbot.

§ 7.

„Ein Veräußerungsverbot, das von einem Gericht oder von einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen wird, steht einem gesetzlichen Veräußerungsverbot der im § 135 bezeichneten Art gleich" (§ 136 BGB.).

Wie schon bei der Behandlung des absoluten Veräußerungsverbots hervorgehoben ist,[56]) rechtfertigt sich die

---

[54]) vgl. BGB. §§ 309, 308.

[55]) Das BGB. Bd. 1 S. 173 oben.

[56]) vgl. oben § 4.

Gleichstellung von richterlichem und gesetzlichem Verbot nur unter den gleichen Bedingungen. Nur das relative richterliche Verbot ist dem gesetzlichen des § 135 gleichgestellt.

Zu den Gerichten gehören Zivil- und Strafgerichte, auch Gewerbe- und Kaufmannsgerichte sowie Verwaltungsgerichte, zu den Behörden die Reichs- und Landesbehörden.

In welchen Fällen Gerichte und Behörden Veräußerungsverbote erlassen können, und ob sie im gegebenen Falle innerhalb ihrer Zuständigkeit gehandelt haben, entscheiden die betreffenden Normen des öffentlichen Rechts.

b) Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung sowie durch den Konkursverwalter.

§ 8.

In vielen Fällen — z. B. den §§ 161, 184 des Allgem. Teils des BGB.[57]) — wird der rechtsgeschäftlichen Verfügung eine Verfügung gleichgestellt, die im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt. Planck[58]) weist aber darauf hin, daß eine derartige Gleichstellung nicht überall stattfinde, insbesondere nicht in den wichtigen Fällen des rechtsgeschäftlichen Erwerbs auf Grund des Glaubens des Grundbuchs.[59])

Die Motive[60]) meinen zu § 107 des Entwurfs, es könne keinen Unterschied machen, ob der Gebundene selbst verfüge oder die Verfügung aus seinem Recht erfolge,

---

[57]) vgl. ferner §§ 353 Abs. 2, 499, 883 Abs. 2, 2115 BGB.
[58]) Bd. 1 S. 186.
[59]) § 892 BGB.
[60]) Bd. 1 S. 213.

und so stellt auch § 135 Satz 2 die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgte Verfügung der rechtsgeschäftlichen gleich. Er mißbilligt in gewissen Beziehungen also auch diese Verfügungen, ohne aber sie im strengen Sinne des Wortes zu verbieten.[61])

Im Anschluß hieran trifft der § 772 ZPO. die Ordnungsvorschrift, daß, solange ein Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 BGB. bezeichneten Art bestehe, der Gegenstand, auf welchen es sich beziehe, wegen eines persönlichen Anspruchs oder auf Grund eines infolge des Verbots unwirksamen Rechtes, nicht im Wege der Zwangsvollstreckung „veräußert oder überwiesen" werden solle. Als Begründung zu diesem Paragraphen wird angegeben, „der Erwerb eines solchen Gegenstandes würde nur ein unsicheres Recht gewähren, und es würde sich daher kaum ein Ersteher finden, jedenfalls aber wäre ein angemessenes, die Interessen des Schuldners wahrendes Gebot nicht zu erzielen".[62]) § 772 ZPO. gibt also in seinem ersten Satze nur eine Instruktion (Sollvorschrift) über das Verfahren, welches von den Vollstreckungsorganen eingeschlagen werden soll. Entspricht dieses der Vorschrift nicht, so hat der Geschützte das Recht, eine Erinnerung gemäß § 766 ZPO. geltend zu machen.[63])

Außerdem aber kann er, solange die Veräußerung noch nicht vollzogen ist, gemäß Satz 2 des § 772 im Wege der Klage Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung erheben.[64])

---

[61]) vgl. oben §§ 1 u. 5.

[62]) Begründung der Novelle von 1898 S. 157 (zitiert nach Seuffert, Komm. z. ZPO. zu § 772).

[63]) vgl. Gaupp-Stein, ZPO. S. 502; Seuffert, Komm Bd. 2 S. 425.

[64]) § 771 ZPO.

Die trotz der Vorschrift des § 772 ZPO. (§ 135 BGB.) vorgenommene Veräußerung ist, wie bereits angedeutet, nicht schlechthin nichtig, sondern teilt das Schicksal der verbotswidrigen Verfügung des § 135.[65])

§ 772 Satz 1 spricht nur davon, daß der Gegenstand ... „nicht veräußert oder überwiesen" werden solle, ohne der Pfändung, Beschlagnahme oder Sicherungshypothek zu gedenken, trotzdem diese — als Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung und damit der rechtsgeschäftlichen Verfügung des § 135 gleichgestellte Akte — dem Geschützten gegenüber ebensogut unwirksam sind, wie Veräußerung und Überweisung.

Die für die Vollstreckungsorgane gegebene Instruktion trifft also auf die Pfändung usw. nicht zu, dagegen kann der Geschützte auch hier gemäß § 772 Satz 2 Widerspruchsklage erheben. Dringt er damit durch, so ist die Zwangsvollstreckung in Ansehung des vom Verbote betroffenen Gegenstandes als Ganzes für unzulässig zu erklären.[66])

§ 772 gibt nur dem „Geschützten" ein Recht, event. Einwendungen zu erheben, nicht dem Schuldner, da er eine Vollstreckung nicht wegen des Rechts eines Dritten bekämpfen kann. Jedoch werden seine Einwendungen, meint Gaupp-Stein, immerhin das Resultat haben, daß das Gericht Kenntnis von der Sachlage erhält und eingreift, womit praktisch der Zweck der Einwendung erreicht wäre.[67])

Um den in der Verfügung Gebundenen zu verhindern, „durch Vermittlung des Zugriffs eines Gläu-

---

[65]) vgl. unten §§ 9ff.

[66]) Ebenso Seuffert Bd. 2 zu § 772 Anm. 4; Gaupp-Stein zu § 772 Anm. II; and. A. Petersen-Anger, ZPO. § 772 Anm. 2.

[67]) vgl. Gaupp-Stein zu § 772 Anm. I u. II; Seuffert zu § 772 Anm. 3c.

bigers das Verbot zu vereiteln",[68]) hat § 135 in seinem zweiten Satze die behandelte Gleichstellung der durch den Konkursverwalter vorgenommenen Verfügungen mit den rechtsgeschäftlichen nicht für angemessen gehalten. Vielmehr bestimmt § 13 KO.: „Ein gegen den Gemeinschuldner bestehendes Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 BGB. bezeichneten Art ist den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; wirksam bleibt jedoch eine bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgte Beschlagnahme". Diese Regelung ergibt sich aus der grundsätzlichen Gleichbehandlung aller Gläubiger (im Sinne des § 3 KO.), die den Konkurs, nicht aber die Einzelvollstreckung beherrscht.[69])

Sie kann natürlich nicht gelten, sobald das Veräußerungsverbot nur die Begleiterscheinung eines im Konkurs wirksamen Absonderungsrechtes ist. So erfolgt bei der Zwangsvollstreckung und dem Arrestschlag in Forderungen ein richterliches Veräußerungsverbot an den Schuldner (§ 829 ZPO.). Ist nun das Pfändungs- oder Arrestpfand bereits vor der Konkurseröffnung wirksam geworden,[70]) so dringt das Pfandrecht als Absonderungsrecht im Konkurse durch.

Ebenso bewirkt die vor dem Konkursbeginn bewirkte Liegenschaftsbeschlagnahme (§ 10 Abs. 1 Ziff. 5 ZVG.; §§ 4, 47 KO.) ein im Konkurs wirksames Recht auf abgesonderte Befriedigung. Daher bleibt auch, wie der eben angeführte zweite Halbsatz des § 13 KO. ausdrücklich bestimmt, eine bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen

---

[68]) Mot. Bd. 1 S. 215.

[69]) vgl. Mot. a. a. O.; Jaeger, Komm. z. KO. Anm. 2 zu § 13.

[70]) § 829 Abs. 3 ZPO.

erfolgte Beschlagnahme den Konkursgläubigern gegenüber wirksam.[71])

Eine gewisse Ähnlichkeit mit dem eben behandelten bietet der Fall der Vormerkung. Die Wirkungen der Beschlagnahme sind hier geknüpft an die Eintragung der Vormerkung in das Grundbuch. Auch die Vormerkung hat eine Stärkung an sich schwächerer Rechte im Gefolge und behält dem Konkursverwalter gegenüber ihre Wirksamkeit.[72])

c) Das Schicksal der verbotswidrigen Verfügung (§ 135 Abs. 1 BGB.).

aa) Allgemeines.

§ 9.

Verstößt die Verfügung gegen ein Verbot, „das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist sie nur diesen Personen gegenüber unwirksam" (§ 135). Das Schicksal der verbotswidrigen Verfügung ist „relative Unwirksamkeit". Die Motive[73]) nennen das die einfachste und zweckmäßigste Gestaltung und führen weiterhin aus, das Veräußerungsverbot gehe seinen Weg, soweit es mit dem rechtlich Geschützten nicht in Widerspruch trete, sei diesem gegenüber aber unwirksam, soweit ein Widerspruch vorliege.

Wie ist diese Gestaltung nun, ohne dem Wortlaut des Gesetzes Gewalt anzutun, zu denken?

Das „nur diesen Personen gegenüber unwirksam" provoziert förmlich „also allen anderen Personen gegen-

---

[71]) Vorbehaltlich einer etwaigen Anfechtung (§ 42 KO.).

[72]) §§ 883 Abs. 2, 888 BGB.; vgl. des näheren Solon, Diss. S. 32, 33.

[73]) Bd. 1 S. 212.

über wirksam". Darin liegt zugleich, daß das Gesetz die verbotswidrige Verfügung zwar in gewissen Beziehungen mißbilligt, aber nicht daran denkt, sie schlechthin zu verbieten (Verbot im engeren Sinne).

Im Gegenteil, man kann gewissermaßen das „allen Personen gegenüber wirksam" als Regel hinstellen und das „nur den geschützten Personen gegenüber unwirksam" als Ausnahme. Das entgegen dem Verbot übertragene Eigentum oder sonstige Recht geht auf den Erwerber über, das bestellte Recht entsteht, die bezahlte Forderung erlischt.

Aber alles dies ist den Geschützten gegenüber unwirksam. Ihnen gegenüber ist der Veräußerer noch Eigentümer, der belastete Gegenstand nicht belastet, die Forderung noch bei Bestand.

bb) Die Rechtsstellung des Geschützten im einzelnen.

§ 10.

Aus dem unter aa) Gesagten ergibt sich die Rechtsstellung des Geschützten im einzelnen.

Einige Hauptfälle mögen hervorgehoben werden.

1. Das Veräußerungsverbot betrifft ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück.

Der Verpflichtete V läßt das Grundstück einem Dritten E auf. E wird Eigentümer, aber nicht im Verhältnis zum Geschützten G; G gegenüber ist alles beim alten geblieben, mithin V Eigentümer. V ist also auf Anfordern verpflichtet, dem G das Grundstück aufzulassen.

Er wäre auch in der Lage dazu, da er ja dem Geschützten gegenüber Eigentümer geblieben ist, aber das im Grundbuchrecht durchgeführte formelle Konsensprinzip

fordert nicht nur Berechtigung, sondern eingetragene Berechtigung. Eingetragener Berechtigter ist aber E. Hier hilft § 888 BGB., indem er das im folgenden für die Vormerkung Gesagte auch gelten läßt, wenn der Anspruch durch ein Veräußerungsverbot gesichert ist.[74]) „Soweit der Erwerb eines übertragenen Rechts gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist" (§ 888 Abs. 1).

Das Gesetz fordert von dem Erwerber, daß er die durch die verbotene Verfügung erlangte grundbuchmäßige Stellung aufgibt, soweit sie den Geschützten bedroht. Er soll nicht selbst die erforderliche dingliche Rechtsänderung vollziehen, sondern ihr nur beistimmen.

Materiellberechtigter gemäß §§ 873, 875 BGB. ist der Veräußerer geblieben. Er hat die Auflassung zu bewirken (§ 20 GBO.).

Jedoch hat das das Grundbuchrecht beherrschende formelle Konsensprinzip (§§ 40, 19 GBO.) die Mitwirkung des Buchberechtigten notwendigerweise zur Folge. Seine Zustimmung ist aber nicht als materiellrechtliches Erfordernis der Rechtsänderung zu betrachten (anders z. B. die Zustimmung in den §§ 876, 880 BGB.).

Mithin würde die — allerdings gegen die formellen Vorschriften des Grundbuchrechts erfolgende — Eintragung auf Grund der alleinigen Bewilligung des Verpflichteten V auch ohne Zustimmung des Erwerbers E als materiell gültig zu betrachten sein. Andererseits würde rein grundbuchrechtlich der Vornahme der Rechts-

[74]) § 888 Abs. 2 BGB.

änderung durch den Erwerber allein nichts im Wege stehen. Der Geschützte müßte sie sogar gemäß § 267 BGB. gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Verpflichtete widerspricht.[75])

Analog ist zu entscheiden, wenn der Verpflichtete das Grundstück belastet, z. B. mit einer Hypothek.

Ist der Geschützte als Eigentümer eingetragen und die Hypothek besteht noch, so nimmt Biermann[76]) an, daß er das Grundbuch gemäß § 22 GBO. berichtigen lassen könne. Anzuerkennen ist, daß die Hypothek dem Geschützten gegenüber nicht besteht. Indessen möchte ich Biermann doch nicht beipflichten, „weil aus der Aufnahme des § 888 Abs. 1 neben dem § 896 BGB. entnommen werden muß, daß die Unwirksamkeit eines eingetragenen Rechts nicht als ein Fall der Unrichtigkeit des Grundbuchs aufzufassen ist".[77]) Die Zustimmung des Hypothekars ist grundbuchmäßiges Erfordernis der Löschung.

Wie schon aus dem Gesagten ersichtlich ist, bewirkt die Eintragung eines Veräußerungsverbots keine Grundbuchsperre. Die Motive haben das ausdrücklich betont,[78]) und es ist herrschende Ansicht.[79])

Eine Ausnahme dürfte für den Fall gemacht werden müssen, daß der Anspruch auf Abtretung eines eingetragenen Rechts an einem Grundstück, z. B. einer Grundschuld, durch Verbot gesichert ist und der Verpflichtete das Recht löschen will. Diese Löschung würde

---

[75]) vgl. Planck Bd. 3 S. 127.

[76]) Widerspruch und Vormerkung, Jena 1901, S. 211.

[77]) Planck a. a. O. und die dort Zitierten.

[78]) Mot. Bd. 1 S. 213, Bd. 3 S. 219.

[79]) vgl. aber Eccius in Gruchot Bd. 50 S. 481 ff. und unten S. 54.

an sich dem Geschützten gegenüber unwirksam sein. Aber mit der tatsächlichen Löschung ist das Recht aus dem Grundbuch verschwunden und mit dem Rechte auch das Verbot, was doch gerade vermieden werden sollte. Denn dafür, daß das Verbot die Löschung des von ihm betroffenen Rechts überdauere, gibt das Gesetz keine Handhabe.[80])

2. Das Veräußerungsverbot betrifft eine bewegliche Sache.

Der Veräußerer hat die Sache dem Dritten zu Eigentum übertragen und ihm den Besitz verschafft. Ebenso wie im vorigen Falle ist der Veräußerer dem Geschützten gegenüber noch Eigentümer, hat also gegen den Erwerber noch den Herausgabeanspruch. Um eine Doppelübereignung zu vermeiden, tritt er am besten diesen Herausgabeanspruch dem Geschützten ab, wodurch der Geschützte Eigentümer wird[81]) und somit gegen den Erwerber vorgehen kann. So ist m. E. die Rechtslage nach dem strikten Wortlaute des Gesetzes. Und so argumentiert denn auch Planck[82]) und mit ihm andere bis in die letzte Zeit.[83]) Dernburg[84]) nennt diese Argumentation ebenso spitzfindig wie gebrechlich. Wenn auch der Veräußerer dem Geschützten gegenüber noch als Eigentümer gelte, so sei doch der Veräußerer dem Erwerber gegenüber nicht Eigentümer und hätte auch keine Eigentumsklage gegen denselben.

Hierbei läßt aber Dernburg doch wohl unberück-

---

[80]) Vers. Anf. Predari, GBO. S. 206 unten.

[81]) § 931 BGB.

[82]) Zu § 135 Ziff. 2.

[83]) vgl. z. B. Enneccerus a. a. O. S. 333; Biermann, Bürgerl. R. S. 178, 179.

[84]) Allgem. Teil S. 416 Anm. 7.

sichtigt, daß der Verpflichtete nicht nur in seinem Verhältnis zum Geschützten, sondern auch in seinem Verhältnis zum dritten Erwerber Eigentümer bleibt. Denn dem Geschützen gegenüber ist die Verfügung in jeder Beziehung unwirksam. Aber „allen anderen gegenüber wirksam", könnte nochmals eingeworfen werden. Sicherlich aber nur, soweit das Recht des Geschützten in seinen Konsequenzen nicht berührt wird. Insofern ist es auch dem zu den „allen andern Personen" gehörigen Dritten gegenüber unwirksam. Denn sonst würde die Vorschrift zwecklos werden. Also trotz des „nur diesen Personen gegenüber unwirksam" ist doch eine gewisse Drittwirkung — ich gebrauche absichtlich keinen anderen Ausdruck — nicht zu verkennen.[85])

Da Dernburg die vertretene Ansicht verwirft, muß er einen anderen Weg suchen. Er will aus dem unter 1. behandelten § 888 Abs. 2 ein allgemeines Prinzip ableiten,[86]) dahingehend daß der Geschützte von dem Erwerber verlangen könne, daß er die zur Verwirklichung seines Anspruchs erforderlichen Handlungen vornehme. Denn die Bestimmung des § 888 beruhe nicht auf dem besonderen Formalismus des Grundbuches, sondern auf dem Gedanken, daß derjenige, welcher das Veräußerungsverbot breche, eine Widerrechtlichkeit begehe, die er dem Verletzten gegenüber gut zu machen habe.

Ich halte beide Gründe nicht für stichhaltig. Zunächst die Widerrechtlichkeit. Folgert sie Dernburg etwa daraus, daß gemäß § 135 Abs. 2 (in Verb. mit § 932 BGB.) der Gutgläubige geschützt ist und nur der Schlechtgläubige den Folgen des Verbots unterliegt? Damit würde er

---

[85]) vgl. übrigens Mot. Bd. 1 S. 214 u. 215 oben.

[86]) vgl. zu folgendem Dernburg a. a. O. S. 416 Abs. 2.

das Verbot des § 135 dem des § 134 annähern, zu einem Verbot im strengen Wortsinne machen, was der Tendenz des § 135 nicht entspricht.

Im direkten Gegensatz zu Dernburg muß ich ferner annehmen, daß allerdings die Vorschrift des § 888 Abs. 2 auf dem besonderen Formalismus des Grundbuchrechts beruht.[87]) § 888 ordnet selbst im Liegenschaftsrechte das nicht an, was Dernburg zum allgemeinen Prinzip erheben will. Nach § 888 kann der Geschützte nur „Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung" von dem Erwerber verlangen, nicht aber, wie unter 1. bereits hervorgehoben ist, die Vornahme des Verfügungsaktes (§§ 872, 925 BGB.). Diesen hat nach wie vor der Veräußerer vorzunehmen. Sodann spricht der Parapraph nur von „Eintragung und Löschung", also spezifisch dem Grundbuchrechte angehörigen Vorgängen, denen Analoga auf dem Gebiete des Rechts der beweglichen Sachen doch nicht ohne weiteres zur Seite stehen. Hinzu kommt noch, daß sich kein Grund erfinden läßt, warum der Gesetzgeber eine solch allgemein wichtige Bestimmung gerade in den Abschnitt der „Vorschriften über Rechte an Grundstücken" aufnehmen sollte. Der hier eingenommene Standpunkt rechtfertigt daher auch nicht, die eben angedeutete Drittwirkung mit Dernburg[88]) als „einen Fall des Rechtes zur Sache" anzusehen. Wie er an anderer Stelle[89]) schreibt, stand das Recht zur Sache „dem Gläubiger zu, welcher eine bestimmte Sache zu fordern hatte, derart daß ihm Dritte, welche die Sache in Kenntnis seines Forderungsrechtes erwarben und im Besitze der Sache

[87]) vgl. zu folgendem Solon S. 68
[88]) a. a. O.
[89]) Sachenrecht S. 219.

waren, durch dasselbe zu deren Herausgabe verbunden waren". Aber nicht der dritte Erwerber ist dem Geschützten zur Herausgabe verpflichtet, sondern der gegen das Verbot Veräußernde. Erst durch dessen Vermittlung (Abtretung des Herausgabeanspruchs) kann eine Verpflichtung des Dritten geschaffen werden.

Bedeutend einfacher gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Verpflichtete dem Dritten die Sache durch constitutum possessorium übertragen hat, da hier jegliche Mitwirkung des Dritten entfällt.

3. Ganz ähnlich liegt der Fall, wenn das Veräußerungsverbot eine Forderung betrifft, da auch hier eine Mitwirkung des Dritten sich erübrigt.

d) Folgerungen.

aa) Wegfall der Unwirksamkeit, Konvaleszenz der Verfügung.

§ 11.

Da die Folge des Verbots nicht Nichtigkeit ist, so fällt die Unwirksamkeit fort, wenn der Geschützte dem Geschäfte zustimmt,[90]) sei es, daß er vorher einwilligt oder nachträglich seine Genehmigung gibt. Soweit sich nicht aus dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse ein anderes ergibt, ist die Einwilligung bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich (BGB. § 183). Die Genehmigung wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts zurück, wenn nicht ein anderes bestimmt ist (BGB. § 184).

[90]) Mot. Bd. 1 S. 212 unten.

bb) Stellung des gutgläubigen Dritterwerbers.

§ 12.

Da die Schwäche des einem relativen Veräußerungsverbote zuwiderlaufenden Rechtsgeschäfts auf einem Rechtsmangel in der Person des Berechtigten beruht,[91]) ordnet § 135 Abs. 2 folgerichtig an, daß die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden, denn, meinen die Motive,[91]) steht der gänzliche Mangel des Rechtes in der Person des Vorgängers dem Rechtserwerbe nicht im Wege, so kann auch ein teilweiser Mangel nicht hinderlich sein.

Die anzuwendenden Vorschriften sind nun verschiedene je nachdem es sich handelt um unbewegliche Sachen, bewegliche Sachen oder Forderungen.

1. Unbewegliche Sachen.

Heranzuziehen sind außer dem in erster Linie maßgeblichen § 892 die §§ 893, 1138 u. 1555 BGB. sowie § 23 Abs. 2 ZVG.

§ 892 sagt in seinem zweiten Satze: „Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist". Ein Erwerb findet also nicht statt, wenn der Erwerber von der Beschränkung Kenntnis hat (schlechtgläubig ist), auch wenn sie nicht eingetragen sein sollte. Andererseits findet eine eventuelle Nichtkenntnis keine Berücksichtigung, wenn die Beschränkung eingetragen ist.

---

[91]) Mot. S. 213.

§ 893 läßt die Vorschriften des § 892 entsprechende Anwendung finden, erstens wenn an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt wird, z. B. Hypothekenzinsen bezahlt werden, oder zweitens wenn zwischen ihm und einem anderen in Ansehung dieses Rechts ein nicht unter die Vorschriften des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält, d. h. also ein Rechtsgeschäft, das nicht unmittelbar auf den Erwerb eines Grundstücksrechts oder eines Rechts an einem solchen abzielt (§ 892), immerhin aber eine Verfügung über ein solches Recht darstellt.

Die genannten Vorschriften (§§ 892, 893) gelten gemäß § 1138 für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden. Dem redlichen Erwerber wird nicht nur der Bestand des dinglichen Rechts, sondern auch der zugrunde liegenden Forderung nach Maßgabe des Grundbuchinhalts gewährleistet.

Es finden ferner § 892 u. 893 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Hypothekenbriefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre, wenn sich das Gläubigerrecht des Besitzers aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt.[92])

Eine Schlechterstellung des Erwerbers bringt § 23 ZVG. Im Abs. 2 wird die Kenntnis des Versteigerungsantrags einer Kenntnis der Beschlagnahme gleichgestellt,

---

[92]) BGB. § 1155 Satz 1.

wenn bei einer gegen die Beschlagnahme verstoßenden Verfügung nach § 135 Abs. 2 BGB. es darauf ankommt, ob derjenige, zu dessen Gunsten verfügt wurde, die Beschlagnahme kannte. Mit der Eintragung des Versteigerungsvermerks gilt die Beschlagnahme auch in Ansehung der mithaftenden beweglichen Sachen als bekannt (§ 23 Satz 3 ZVG.).

2. Bewegliche Sachen.

Maßgebend sind für den Eigentumserwerb vom Nichteigentümer §§ 932 ff. BGB., für den Erwerb eines anderen Rechts an der Sache die §§ 1032, 1207, 1208, 1244 usw.

Der „gutgläubige" Erwerber wird trotz des Veräußerungsverbots in der Regel an sein Ziel gelangen, es sei denn, daß die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist.[93]) Diese Einschränkung findet zudem keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden.[94])

Der Erwerber ist nach § 932 Abs. 2 nicht gutgläubig, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört, „entsprechend angewandt",[95]) wenn er das Veräußerungsverbot gekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat.

3. Forderungen.

Nicht besonders geschützt ist im Fall der untersagten Veräußerung einer Forderung der in Unkenntnis des

[93]) BGB. §§ 932, 935.
[94]) BGB. § 935 Abs. 2.
[95]) § 135 Abs. 2.

Verbotes leistende Schuldner, sagen wörtlich die Motive.[96]) Sie begründen diesen Satz damit, daß es unter Umständen mit dem Zwecke des einzelnen Verbots nicht vereinbar sei, die Leistung des nicht unterrichteten Schuldners als wirksame Erfüllung zu behandeln, vielmehr die Tragweite des Verbots notwendig eine verschiedene sein müsse, je nach dem Umfange, in welchem die Interessen, denen das Verbot diene, gesichert werden sollen. Außerdem genüge hinsichtlich der auf richterlicher Anordnung beruhenden Veräußerungsverbote der sich aus den einschlägigen Paragraphen der Zivilprozeßordnung[97]) ergebende Grundsatz, daß die Wirksamkeit des Verbots gegenüber dem Drittschuldner von der Zustellung an denselben abhänge.

Die Motive lehnen damit eine „entsprechende Anwendung" (§ 135 Abs. 2) des § 407 BGB., der dem in Unkenntnis der Abtretung einer Forderung leistenden Schuldner Schutz gewährt, ab.

Auch Staudinger[98]) zählt im Anschluß an die Motive den § 407 nicht zu den im § 135 Abs. 2 genannten Vorschriften. Er meint, nicht nur der Wortlaut des Gesetzes spreche dagegen, sondern auch die allgemeine Erwägung, daß das Prinzip des Schutzes gutgläubigen Erwerbs sich nur auf Sachen, nicht auf Forderungen erstrecke.

Warum der Wortlaut des Gesetzes dagegen spreche, führt Goldmann-Lilienthal[99]) aus, indem er bestreitet, daß im § 407 Rechte von einem Nichtberechtigten hergeleitet würden.

---

[96]) Bd. 1 S. 214.
[97]) §§ 829, 928, 930, 936 ZPO.
[98]) Bd. 1 S. 438, 439.
[99]) S. 177 Anm. 2.

Es mag Staudinger u. Goldmann-Lilienthal zugegeben werden, daß der Wille des Gesetzgebers und der Wortlaut des Gesetzes ihnen günstig sind.

Ich glaube aber, daß man hier die Autorität der Motive nicht zu hoch stellen darf, und daß auch der Wortlaut des Gesetzes nicht unbedingt gegen eine andere Auffassung spricht. Ich stimme den Ausführungen Ramdohrs[100]) bei, der es für bei weitem zu eng hält, wollte man aus dem Wortlaut des Gesetzes „Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten" folgern, daß hier lediglich Fälle eigentlichen Rechtserwerbs in Frage kommen könnten. Im Gegenteil könne dies nichts anderes bedeuten, als daß jedes Rechtssubjekt, welches auch sonst auf das zu seinen Gunsten als richtig und vollständig geltende Rechtsbild sich stützen könne, dann ebenfalls geschützt sein müsse, wenn der durch ein Veräußerungsverbot verursachte Mangel zu decken sei.

Auch Planck meint mit Recht,[101]) der Grund, aus welchem der Schuldner bei Unkenntnis der Abtretung geschützt werde, treffe auch bei Unkenntnis eines Veräußerungsverbots zu.

Schließlich ist den Ausführungen Solons[102]) beizutreten, die Fähigkeit, einen größeren Mangel zu ergänzen (das nicht mehr Gläubigersein), müsse die, einen geringeren Mangel zu decken (das Gläubigersein mit Veräußerungsverbot), in sich schließen.

§ 407 gehört zu den Vorschriften zugunsten der-

---

[100]) a. a. O. S. 333.
[101]) Bd. 1 S. 246.
[102]) a. a. O. S. 46.

jenigen, welche Rechte von einen Nichtberechtigten herleiten.[103])

cc) Berücksichtigung von Amts wegen.

§ 13.

Ebenso wie die Nichtigkeit des absoluten Veräußerungsverbots[104]) ist die relative Unwirksamkeit des relativen Verbots von Amts wegen zu berücksichtigen.

Quod non est actum, non est in mundo. Ein Geltendmachen der Unwirksamkeit seitens des Geschützten vor Gericht ist selbstverständlich notwendig. Bringt eine Partei etwas Tatsächliches nicht vor, so ist es vom Richter nicht in den Kreis seiner für die Entscheidung maßgeblichen Erwägungen zu ziehen. Eine andere Frage aber ist es, ob das Vorbringen des Geschützten als ein materiellrechtliches Erfordernis zur Herbeiführung der Unwirksamkeit zu betrachten ist. Das ist zu verneinen.

Zum Vergleich möge die Anfechtung herangezogen werden; § 143 BGB. sagt ausdrücklich, daß die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner erfolge. Eine ähnliche Bestimmung ist bezüglich der Unwirksamkeit der §§ 135, 136 nicht getroffen. Auch läßt sich aus den Vorarbeiten zum Gesetz nirgends erkennen, daß der Gesetzgeber zur Herbeiführung eine der Anfechtungserklärung analoge Erklärung für notwendig gehalten hätte.

Es kann daher Staudinger[105]) nicht beigepflichtet

---

[103]) Ebenso Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 415; vgl. auch Sobernheim, Ein Beispiel für die Anwendung der materiellrechtlichen Vorschriften zugunsten des guten Glaubens (§ 407 BGB.).

[104]) vgl. oben § 6.

[105]) Bd. 1 S.

werden, wenn er sagt, daß die Unwirksamkeit nicht von Amts wegen beachtet werde, sondern nur, wenn sie von der Person geltend gemacht werde, zu deren Gunsten das Verbot bestehe.

4. Zusammenfassung.

§ 14.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch findet sich der Ausdruck „Veräußerungsverbot" nur an drei Stellen, in den mehr erwähnten §§ 135, 136 u. 888.

§ 135 spricht vom gesetzlichen Veräußerungsverbot. § 136 beschränkt sich darauf, ihm das richterliche (und sonstige behördliche) gleichzustellen. § 888 handelt von der Verwirklichung eines durch eine Vormerkung gesicherten Anspruchs und läßt in bezug hierauf in seinem zweiten Absatz dasselbe gelten, „wenn der Anspruch durch ein Veräußerungsverbot gesichert ist". Fischer u. Henle[105]) betrachten diesen Absatz als eine zu den §§ 135, 136 gehörige lex fugitiva.

In der Einleitung (§ 1) ist darauf hingewiesen, warum auch § 134 als sedes materiae zu betrachten ist, obwohl des Worts „Veräußerungsverbot" nicht ausdrücklich Erwähnung geschieht.

Die beide Verbote (§§ 134 u. 135) haben viel Gemeinsames.

Sowohl im § 134 wie im § 135 ist das Verbot kein Verbot im strengen Wortsinn, sondern eher mit Mißbilligung zu identifizieren, trotzdem nicht verkannt werden soll, daß auch dieser Ausdruck noch nicht ganz treffend ist. Er scheint mir aber von den in Betracht kommenden Worten dem auszudrückenden Gedanken am nächsten zu kommen.

---

[105]) Komm. Anm. 7 zu § 888 BGB.

§ 134 stellt scheinbar eine allgemeine Regel auf: Mißbilligt das Gesetz irgendwo eine Verfügung über einen Gegenstand (ein Rechtsgeschäft), so ist die Verfügung nichtig.

§ 135 normiert eine wichtige Ausnahme für solche Fälle, wo die Mißbilligung nur zum Schutze bestimmter Personen geschieht. Die Verfügung ist nicht nichtig, sondern nur relativ unwirksam.

Die Formel, deren sich das Gesetz bedient, um seine Mißbilligung (sein Verbot) auszudrücken, kann eine ganz verschiedene sein. Überall klärt die angegebene Regel über die Rechtslage auf.

Jedoch mit einer großen Einschränkung. Die Regel gilt nur, wenn das Gesetz bei der einzelnen gemißbilligten Verfügung die Rechtslage nicht schon selbst klärt.

Diese Einschränkung drückt die Regel der §§ 134, 135 zu einer Aushilfsbestimmung herab, verurteilt sie zu einem rein subsidiären Dasein. Nur in den Fällen, wo das Gesetz in seinem besonderen Teile eine ausreichende Regelung vermissen läßt, greifen die dargestellten Bestimmungen des allgemeinen Teils mit ihren Folgeerscheinungen ein.

Es wird im Einzelfalle zu berücksichtigen sein: 1. Ist die als Veräußerungsverbot angesprochene Bestimmung nach Form und Inhalt als solches zu betrachten und hat sie keine eigene Regelung im Gesetze erfahren (echtes Veräußerungsverbot)? Event. 2. stellt sie sich als absolutes oder relatives Veräußerungsverbot dar?

Ganz von selbst erledigt sich hierdurch die im § 3 aufgeworfene Frage, ob für die Terminologie des Veräußerungsverbots die Schutztendenz oder die Verbotswirkungen maßgebend sind, im Sinne der Schutztendenz.

Da alle Verbote mit eigener Regelung der Krücke

der §§ 134, 135 und mithin einer Subsumtion unter diese Paragraphen nicht bedürfen, vielmehr nur solche Verbote in Betracht kommen, deren Wirkung bestimmt werden soll, kann nicht eben diese Wirkung das Unterscheidungsmerkmal sein, sondern nur der Zweck des Verbots. Je nach dem Zweck, der Schutztendenz des Verbots, ist zu entscheiden, ob es sich um ein absolutes Verbot mit absoluten Folgen handelt oder um ein relatives mit relativen Folgen.

Worin besteht die Schutztendenz der §§ 134, 135? § 134 bleibt die Antwort darauf schuldig. § 135 bezweckt „nur den Schutz bestimmter Personen". Der Gegensatz würde sein „Schutz einer unbestimmten Zahl von Personen" oder „aller Personen". Mit letzterem wird sich der herrschenden Ansicht genähert, die Schutz privater Interessen (bestimmter Personen) und Schutz öffentlicher Interessen (aller Personen) als maßgebend für die Unterscheidung der Voraussetzungen der §§ 135 u. 134 betrachtet. Damit fällt der Charakter des § 134 als allgemeiner Regel und der des § 135 als Ausnahme. Sie werden als gleichberechtigt anerkannt.

II. Untersuchung von Verboten (i. w. S.) des Bürgerlichen Gesetzbuches auf ihre Qualität als echte, absolute oder relative Veräußerungsverbote (im Sinne der §§ 134—136).

1. Allgemeines (keine Veräußerungsverbote).

§ 15.

Eine Verfügungsmißbilligung seitens des Gesetzes kann rein persönlicher, rein dinglicher und gemischter, dinglich persönlicher Art sein.

Die ausgesprochensten Beschränkungen rein persönlicher Art sind die der Geschäftsunfähigkeit und der beschränkten Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB.). Da Geschäftsunfähige und Geschäftsbeschränkte von vornherein nicht verfügungsfähig sind, so braucht ihnen das Verfügungsrecht nicht erst durch eine Sonderbestimmung entzogen zu werden.

Die ausgesprochenste Beschränkung rein dinglicher Art ist die der res extra commercium. Die Beschränkung ruht auf der Sache.

Ein Veräußerungsverbot kommt nicht in Betracht, da kein verkehrsfähiger Gegenstand vorliegt.

In diesem Zusammenhang sind auch die sogen. unübertragbaren Rechte zu erwähnen. Da sie schon an sich nicht veräußerungsfähig sind, können sie auch nicht Gegenstand eines Veräußerungsverbots sein.

Zur Unterstützung dieser Argumentation mag noch der § 137 BGB. herangezogen werden. „Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden."

Wenn das Gesetz beim rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot ausdrücklich ein veräußerliches Recht voraussetzt, so darf man wohl bei den viel schlechter als der § 137 redigierten §§ 134 u. 135 das „veräußerlich" stillschweigend hinzudenken. Es darf also gesagt werden: „Verstößt die Verfügung über einen veräußerlichen Gegenstand . . ." Veräußerlicher Gegenstand ist eine veräußerliche Sache oder ein veräußerliches Recht.

Keine Veräußerungsverbote sind mithin enthalten in den §§ 1059 (Unübertragbarkeit des Nießbrauchs), 1300 (Unübertragbarkeit des Anspruchs der Verlobten aus der

Beiwohnung), 1408 (Unübertragbarkeit der Nutznießungsrechte am eingebrachten Gute der Frau), 1623 (Unübertragbarkeit des Anspruchs auf Aussteuer), 1658 (Unübertragbarkeit des Nutznießungsrechtes am Kindesvermögen) usw. Bezeichnend ist in allen diesen Fällen die Terminologie des Gesetzes, die das persönliche Moment ganz ausschaltet und ohne jegliche Beziehung auf den event. Berechtigten sagt: „der Anspruch usw. ist nicht übertragbar".

Die Verfügungsmißbilligung ist dinglich persönlicher Art, wenn eine verfügungsfähige und verfügungsberechtigte Person in der Verfügung über einen verkehrsfähigen Gegenstand beschränkt wird.

Die Verfügungsberechtigung über einen Gegenstand kann eine vollkommene sein. Sie kann aber auch infolge Hinzutretens anderer Personen und damit verbundener Kompetenzverteilung eine beschränkte sein.

Ein Veräußerungsverbot kommt nur in Betracht, wenn die Verfügung singulärerweise gemißbilligt wird. Mit dem Ausdruck „singuläre Mißbilligung" wird auch wieder eine Annäherung an das Wort „Verbot" vollzogen. Es ist dabei einerlei, ob es sich um eine vollkommene Berechtigung handelt, oder um eine dem Berechtigten bei der Kompetenzverteilung zugewiesene Machtsphäre, gewissermaßen eine Teilberechtigung.

Ich nähere mich hiermit dem Kern der Ausführungen Raapes[108]) an, der vom Veräußerungsverbot sagt, daß es allemal singuläre Hinderung der Veräußerung sei, gehe aber, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, in der Einschnürung des Begriffes noch weiter wie er.

[108]) a. a. O. S. 22.

2. Keine Veräußerungsverbote in den Titeln.

a) Bedingung, Zeitbestimmung, Einsetzung eines Nacherben.

§ 16.

§ 161 Satz 1 lautet: „Hat jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde".

Die Motive[109]) betonen in einer Randbemerkung zu den entsprechenden §§ 132—135 des Entw. die Verschiedenheit der hier vorliegenden „sachlichen Gebundenheit" von der Beschränkung der Verfügungsmacht durch ein relatives Veräußerungsverbot.

Die Kompetenzverteilung stellt sich als eine Art Mitherrschaft dar. Raape[110]) zitiert hierzu eine Stelle aus Bekkers Pandekten (Bd. 2 S. 140): „Bei bedingter Übertragung entsteht meist ein eigentümliches, an das Miteigentum erinnerndes Gemeinschaftsverhältnis unter den Beteiligten... Keiner von beiden ist zurzeit Alleinherr des bedingt übertragenen Rechts, jeder wird durch die dem andern zustehenden Befugnisse beschränkt, aber beide zusammen vermögen gerade soviel wie sonst ein Alleinherr..."! Hierin kommt klar zum Vorschein, daß von einer singulären Mißbilligung, einem Verbot, keine Rede sein kann.

Ähnlich steht es mit der Nacherbschaft.

Nach § 2112 BGB. kann der Erbe über die zur Erb-

---

[109]) Bd. 1 S. 260.

[110]) a. a. O. S. 138.

schaft gehörigen Gegenstände verfügen, soweit sich nicht aus den Vorschriften der §§ 2113—2115 etwas anderes ergibt.

§ 2112 trifft in Verbindung mit den §§ 2113 ff. eine Kompetenzverteilung. Daß man das Verfügenkönnen als Regel hinstellt und das Nichtverfügenkönnen als Ausnahme, ist lediglich durch die Gesetzestechnik bedingt. Es hätte ebensogut umgekehrt sein können, ohne materiell irgend etwas zu ändern. Eine singuläre Verfügungsmißbilligung liegt also nicht vor.

Auf ein in diesem Titel enthaltenes, allerdings unechtes Veräußerungsverbot (§ 2119) ist im § 22 einzugehen.

b) Gesellschaft, eheliches Güterrecht (II. vertragsmäßiges), Mehrheit von Erben.

§ 17.

Von dem „an das Miteigentum erinnernden Gemeinschaftsverhältnis" wird hier ein weiterer Schritt in der Richtung auf das Miteigentum getan.

Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft pflegt man als Gemeinschaften zur gesamten Hand zu bezeichnen. Charakteristisch ist, daß ein Sondervermögen gebildet wird, über welches die Herrschaft mehreren Personen zusteht, die in einem der drei genannten Rechtsverhältnisse stehen. Die zum Sondervermögen gehörigen Rechte stehen den Berechtigten gemeinschaftlich,[111]) aber nicht nach Bruchteilen zu. Kein Teilhaber kann über seinen Anteil an den zu dem Sondervermögen gehörigen Rechten verfügen.[112]) Das Verfügungsrecht steht bei

[111]) vgl. BGB. §§ 718, 1438, 2032.
[112]) BGB. §§ 719, 1442, 2033 Abs. 2.

Gesellschaft und Erbengemeinschaft allen Teilhabern gemeinschaftlich, bei der ehelichen Gütergemeinschaft regelmäßig dem Ehemanne zu, der aber bei gewissen Verfügungen an die Zustimmung der Ehefrau gebunden ist. Eine bis ins einzelne gehende Kompetenzverteilung regelt die genannten Rechtsverhältnisse des näheren.

c) Eheliches Güterrecht (I. gesetzliches).

§ 18.

Ebensowenig wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft kann bei der Verwaltungsgemeinschaft (§§ 1363 ff. BGB.) von einer singulären Mißbilligung der Verfügung, einem Veräußerungsverbot gesprochen werden.

§ 1395 BGB. besagt, daß die Frau zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes bedürfe.

Raape meint,[113]) grundsätzlich müsse hier § 135 BGB. angewendet werden, das Gesetz bestimme aber in den §§ 1396—1398 BGB. ausdrücklich etwas anderes.

Er sieht demnach in dem § 1395 eine singuläre Verfügungsbeschränkung in dem von ihm vertretenen Sinne. Ich kann ihm darin nicht beistimmen, da ich nicht sehe, worin die Singularität liegen soll. Es hat ebenso wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft bei Eingehung der Ehe eine neue Kompetenzverteilung stattgefunden, bei der die Frau allerdings erheblich schlechter gestellt ist wie bei jener. Die Kompetenzverteilung geschieht bei der allgemeinen Gütergemeinschaft durch förmlichen Vertrag, bei der Verwaltungsgemeinschaft durch stillschweigende Einigung. Ein wesentlicher Unterschied

[113]) a. a. O. S. 99.

kann weder hierin noch in der Art der Kompetenzverteilung gesehen werden.

d) Testamentsvollstrecker.

§ 19.

Im gleichen Widerspruch mit Raape befinde ich mich hinsichtlich des § 2211 BGB.: „Über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand kann der Erbe nicht verfügen".

Die juristische Konstruktion der Testamentsvollstreckung hat das Bürgerliche Gesetzbuch nach wie vor der Rechtswissenschaft überlassen. Dem Standpunkte des Gesetzes dürfte am meisten die sogen. Amtstheorie entsprechen, die von der Annahme eines Vertretungsverhältnisses (des Erblassers oder der Erben) absieht. Sie geht dahin, daß der Testamentsvollstrecker „auf Grund des vom Gesetze getragenen letzten Willens des Erblassers und zum Zwecke der Vollziehung dieses Willens" [114]) die ihm kraft Gesetzes zustehenden Befugnisse zum eigenem Rechte hat und in eigenem Rechte ausübt.

Der § 2205 überträgt dem Testamentsvollstrecker das Verfügungsrecht, nicht dem Erben. Wenn der Erbe bei der Kompetenzverteilung schlecht wegkommt — wohl am schlechtesten von den besprochenen Fällen — und dies im § 2211 noch eigens wiederholt wird, so liegt m. E. darin nichts Singuläres. Die Einsetzung eines (regulären) Erben oder eines Testamentsvollstreckers ist als etwas Gleichwertiges zu betrachten. Nicht aber ist so zu argumentieren, daß der Erbe im zweiten Falle singulärerweise beschränkt sei.

---

[114]) Planck Bd. 4 S. 554.

3. Keine Veräußerungsverbote bei

a) Belastung eines Rechts mit dem Rechte eines Dritten.

§ 20.

Ist ein Recht an einem Grundstück mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist nach § 876 BGB. zur Aufhebung des belasteten Rechts und nach § 877 zu Änderungen seines Inhalts die Zustimmung des Dritten erforderlich. Ferner kann durch Rechtsgeschäft ein dem Nießbrauch unterliegendes Recht gemäß § 1071 nur mit Zustimmung des Nießbrauchers und ein verpfändetes Recht gemäß § 1276 nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben werden.

Im Anschluß an die Motive[115]) wird in diesen Fällen von Verfügungsbeschränkung gesprochen, von Veräußerungsverbot dagegen nirgends, soweit ich sehe, obwohl hier den Freunden eines ausgedehnten Veräußerungsverbotsbegriffes Gelegenheit gegeben wäre, neue Beispiele hinzuzugewinnen.

Zwei verschiedene Rechte streiten miteinander. Raape[116]) nennt das Rechtskollision und meint, das Kollisionsprinzip entscheide. Etwas Singuläres ist jedenfalls, und damit hat er recht, in den vorgenannten Paragraphen nicht enthalten.

b) Beschränkungen der Vertretungsmacht.

§ 21.

Jemand kann verfügen kraft eigenen Rechts oder kraft fremden Rechts, als Vertreter.

---

[115]) vgl. Bd. 3 S. 541, 856.

[116]) a. a. O. S. 24.

Ob man auch im zweiten Falle von Verfügungsbefugnis sprechen will, ist m. E. Geschmackssache.[117]) Tut man es, so muß man zwei Arten von Verfügungsbefugnis unterscheiden: Befugnis, im eigenen Namen zu verfügen, und Befugnis, im fremden Namen zu verfügen.

Gesetzliche Vertreter sind insbesondere Vater und Vormund. Eine Befugnis des Vaters, im eigenen Namen über fremde Sachen zu verfügen, statuiert z. B. § 1653 BGB. Er darf verbrauchbare Sachen, die zu dem seiner Nutznießung unterliegenden Vermögen gehören, für sich veräußern oder verbrauchen, selbstverständlich mit Ersetzungsverpflichtung. Die Regel ist, daß der gesetzliche Vertreter im Namen seines Mündels handelt.

Einerlei ob der Vertreter im fremden Namen oder im eigenen Namen handelt, kann er nur so weit wirksam verfügen, als ihm dies durch das Gesetz gestattet ist, nur innerhalb der ihm zugeteilten Kompetenzen. Wiederum liegt eine Singularität, ein Verbot nicht vor.

4. Veräußerungsverbote mit eigener Regelung (unechte Veräußerungsverbote).

a) §§ 1052, 2129, 1984 BGB., §§ 6 u. 7 KO.

Allgemeines.

§ 22.

Wie gegen Schluß des § 1 ausgeführt ist, enthalten die §§ 134, 135 nicht selbst Veräußerungsverbote, sondern regeln lediglich das Schicksal der gegen ein Verbot verstoßenden Verfügung, falls das Gesetz nicht ein anderes bestimmt.

---

[117]) vgl. auch Eccius in DJZ. 1902 S. 61 und Planck, BGB. Bd. 1 S. 307.

Ähnlich ist die Stellung der §§ 1052 (2129) u. 1984 (§§ 6 u. 7 KO.) BGB. Sie enthalten nicht selbst Verbote, sondern setzen richterliche Anordnungen voraus, deren Tragweite sie dann im einzelnen näher bestimmen.

Sie sind den §§ 134—136 gewissermaßen koordiniert, nicht subordiniert.

Wenn sie in der Überschrift als Veräußerungsverbote bezeichnet sind, so geschieht das, weil sie singuläre Mißbilligungen[118]) voraussetzen, mit demselben Recht, wie § 134 u. § 135 selbst allgemein als Veräußerungsverbote bezeichnet werden. Das Wort „unecht" soll den Gegensatz zu den Veräußerungsverboten des allgem. Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausdrücken.

b) §§ 1052, 2129 BGB.

§ 23.

Unter den Voraussetzungen des § 1052 kann die Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers einem vom Gerichte zu bestellenden Verwalter übertragen werden. Geschieht diese Übertragung, so werden dem Nießbraucher die ihm durch Gesetz zugewiesenen Kompetenzen singulärerweise geschmälert, insbesondere die ihm nach § 1048 zustehende Verfügungsbefugnis wieder entzogen, ihm die Verfügung verboten.

Wie dem Nießbraucher kann auch dem Vorerben die Verwaltung nach den Vorschriften des § 1052 entzogen werden. Er verliert dann das Recht, über die Erbschaftsgegenstände zu verfügen (§ 2129 BGB.).

Wie ist nun die Stellung des Nießbrauchers oder Vorerben nach Erlaß der richterlichen Anordnung? Die §§ 134, 136 BGB. finden, wie schon gesagt, keine An-

---

[118]) vgl. § 15 a. E.

wendung. Mithin entfällt auch die Frage, ob ein absolutes oder relatives Veräußerungsverbot vorliegt. Es liegt ein Verbot mit eigener Regelung, ein unechtes Veräußerungsverbot (im Sinne des vorigen Paragraphen) vor.

Weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien läßt sich die Regelung mit Sicherheit erkennen. Die Ansichten in der Literatur sind verschieden. Für angemessen halte ich die absolute Unwirksamkeit der verbotswidrigen Verfügung, da es im Sinne des Gesetzes liegen dürfte, daß der Verbotsträger[119]) (Nießbraucher, Vorerbe) sich jeder Verfügung zu enthalten habe, jedoch stehen einer eventuellen Konvaleszenz der Verfügung Bedenken nicht entgegen.

Ausdrücklich hervorgehoben ist im § 2129 Abs. 2, daß der gute Glaube Dritter geschützt wird.

c) § 1984 BGB., §§ 6 u. 7 KO.

§ 24.

Mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung verliert gemäß § 1984 BGB. der Erbe die Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen; seine Verfügungen werden singulärerweise gemißbilligt.

Die Folgen der verbotswidrigen Verfügung werden durch Satz 2 desselben Paragraphen: „Die Vorschriften der §§ 6, 7 (7, 8 n. F.) KO. finden entsprechende Anwendung" näher gekennzeichnet. Auch hier liegt also ein Verbot mit eigener Regelung, ein unechtes Veräußerungsverbot vor.

Wenn auch die vorliegende Betrachtung sich auf die Lehre von den Veräußerungsverboten nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch beschränkt, so kann doch wegen der Bezugnahme des § 1984 einer Erörterung der §§ 6 ff. KO.

[119]) vgl. Leipziger Zeitschr. für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 3. Jahrg. Nr. 10 S. 755.

nicht aus dem Wege gegangen werden, zumal auch in ihnen ein unechtes Veräußerungsverbot enthalten ist.

§ 6 KO.: „Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt".

§ 7 Abs. 1 KO.: „Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; die Vorschriften der §§ 892, 893 BGB. bleiben unberührt".

Die Ansichten über das Schicksal der gemißbilligten Verfügung gehen weit auseinander.

Die herrschende Ansicht[120]) nimmt relative Unwirksamkeit an, wie sie in den §§ 9 u. 10 näher geschildert ist.

Gegen diese Auffassung hat sich neuerdings besonders Eccius[121]) gewandt, dessen Ausführungen Mitteis[122]) in der Hauptsache als zutreffend anerkennt. Eccius geht aus von einer s. E. verfehlten Entscheidung des Kammergerichts,[123]) wonach der Gemeinschuldner an der Verfügung über die zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände nicht gehindert sein und durch Eintragung der Konkurseröffnung in das Grundbuch eine Sperre desselben nicht eintreten soll. Er stellt zwei Fragen: 1. Gilt die im § 7 KO. zum Ausdruck gebrachte Unwirksamkeit

---

[120]) vgl. z. B. die bei Mitteis, Röm. PrivR. S. 243 Anm. 22 Zitierten.

[121]) Gruchot Bd. 50 S. 481 ff.

[122]) a. a. O.

[123]) Jahrb. f. Entscheidungen des KG. in Sachen der freiw. Gerichtsbarkeit, in Kosten, Stempel- und Strafsachen von Reinhold Johow und Viktor Ring, Bd. 22, Berlin 1901, A S. 129, 131.

(statt der früheren Nichtigkeit der alten Konkursordnung) von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners gegenüber den Konkursgläubigern auch von Verfügungen des Gemeinschuldners, obgleich § 6 KO. dem Gemeinschuldner die Befugnis zu solchen Verfügungen überhaupt entzieht? 2. Ist das „Nichtbefugtsein" des Gemeinschuldners nach § 6 nur ein anderer Ausdruck für ein an den Gemeinschuldner erlassenes, aber nur den Schutz der Konkursgläubiger bezweckendes Veräußerungsverbot?

Frage 1 bejahe ich mit Eccius aus den von ihm angeführten Gründen. Frage 2 kann ich so, wie sie gestellt ist, weder direkt bejahen noch verneinen. Zunächst halte ich allerdings, wie sich schon aus der systematischen Behandlung dieser Frage ergibt, ein Veräußerungsverbot für vorliegend, aber ein unechtes Veräußerungsverbot.

Eccius betrachtet die verbotswidrige Verfügung als schlechthin nichtig (unwirksam), aber möglicherweise erstarkend.

Gegen ihn wendet sich Raape[124]) als Verfechter der Konstruktion der relativen Unwirksamkeit, die er allerdings in ein neues Gewand kleidet und als „ausgeglichene Wirksamkeit" bezeichnet. Ihr Wesen soll darin bestehen, daß der Gemeinschuldner sein Verfügungsrecht behalte, daß aber seine Verfügungen nur beschränkt wirksam seien, da die Rechte des Verwalters durch den Eigentumswechsel nicht berührt würden. Dem Verwalter stünde insbesondere das Recht auf den Besitz und zur Verfügung nach wie vor zu. Praktisch ist durch diese Konstruktion m. E. nicht das geringste gewonnen.

Die Konkursmasse soll zur gemeinschaftlichen Be-

[124]) a. a. O. S. 103 unten.

friedigung der Konkursgläubiger dienen.[125]) Die „Unwirksamkeit von Verfügungen gegenüber den Konkursgläubigern" soll nur diese gemeinschaftliche Befriedigung sichern. Sie kann dementsprechend auch nur im gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger, insoweit aber von jedermann geltend gemacht werden. Beschränkt (relativ) ist also die Unwirksamkeit — und damit schließe ich mich Jaeger[126]) an — nur der Geltendmachung nach. Sie kann nur im Interesse der Konkursgläubiger gerügt werden.

Es scheint mir das die verhältnismäßig klarste und zweckentsprechendste Konstruktion zu sein. Auch angewandt auf zwei von Eccius im weiteren Verlauf seiner Erörterungen aufgestellte Fälle, führt sie zu durchaus befriedigenden Ergebnissen. 1. Der Gemeinschuldner tritt eine zur Konkursmasse gehörige Forderung ab. Der Zessionar klagt gegen den über die Konkurseröffnung und die Abtretung unterrichteten Schuldner. — Der Schuldner ist im Interesse der Konkursgläubiger zur Rüge der Unwirksamkeit befugt und verpflichtet. Er kann ebenso wie gegenüber dem Gemeinschuldner selbst (vgl. auch § 8 KO.) die Zahlung ablehnen. Man vergleiche hiermit die gekünstelte Lösung bei Raape.[127]) — 2. Der Gemeinschuldner hat eine zur Konkursmasse gehörige Sache einem Dritten zu Eigentum übergeben. Der Konkursverwalter erhält die Sache zurück und übergibt sie dem Gemeinschuldner zur Aufbewahrung. Der Dritte klagt gegen den Gemeinschuldner mit der Eigentumsklage. — Der Gemeinschuldner macht wiederum im Interesse der Konkurs-

---

[125]) § 3 KO.

[126]) Komm. z. KO. 3. u. 4. Aufl., Berlin 1907, S. 104.

[127]) a. a. O. S. 105, 63.

gläubiger die Unwirksamkeit geltend. Auch Raape[128]) versagt hier der rei vindicatio den Erfolg. Er meint, der Dritte sei zwar für alle Eigentümer, auch für den Kridar und den Verwalter, habe aber das Besitz- und Verfügungsrecht des Verwalters zu achten.

Er argumentiert mithin nicht, wie man erwarten sollte, aus § 7, sondern aus § 6 KO.

Dieses Argument ist m. E. nun auch durchschlagend für die Beantwortung der von Eccius zu Beginn seiner Erörterungen aufgeworfenen Frage, ob der Grundbuchrichter auf Grund einer Bewilligung des Gemeinschuldners eine Eintragung vornehmen darf. Er darf es nicht, da der Gemeinschuldner die Verfügungsbefugnis verloren hat und der Konkursverwalter in seine Befugnis eingetreten ist. Das Nichtbefugtsein des Gemeinschuldners — und damit wird die Frage 2 im Sinne von Eccius beantwortet — ist nicht nur ein anderer Ausdruck für ein an ihn erlassenes, aber nur den Schutz der Konkursgläubiger bezweckendes Veräußerungsverbot, sondern geht ganz so weit, wie § 6 KO. sagt. Der Grundbuchrichter hat die auf dem Mangel der Verfügungsbefugnis beruhende Unwirksamkeit der Eintragungsbewilligung von Amts wegen zu berücksichtigen.[129])

Bin ich nun auch im Resultat mit Eccius einig, so doch nicht in allem, was er zur Begründung anführt.

Eccius meint nämlich, wenn man lediglich ein Veräußerungsverbot annehme und dem Gemeinschuldner ein relativ wirksames Verfügungsrecht zubilligte, so könnten dadurch Grundstücke der Konkursmasse entzogen

[128]) a. a. O. S. 105.

[129]) And. A. Planck Bd. 3 S. 78a Abs. 2; vgl. dort auch die für die vertretene Ansicht Zitierten.

werden. Denn wer im Grundbuch als berechtigt eingetragen sei, gelte kraft dieser Eintragung Dritten gegenüber als berechtigt und eine Nachforschungspflicht, ob etwa andere das eingetragene Recht als ihnen gegenüber unwirksam beseitigen könnten, bestehe nicht. Mithin bewirke auch ein eingetragener Konkursvermerk nicht, daß eine Unrichtigkeit oder Unwirksamkeit der Eintragung dem Dritten bekannt gewesen sei. Dem dürfte doch entgegenzuhalten sein, daß der Inhalt des Grundbuchs im ganzen in Betracht kommt und sonach bei obiger Annahme der Konkursvermerk nicht nur gegen den unmittelbaren Rechtsnachfolger des Kridars, sondern auch gegen jeden mittelbaren wirkt. Dieses Bedenken von Eccius würde danach keinen zwingenden Grund bilden können für seine Beweisführungen.

Hat der Gemeinschuldner eine Verfügung tatsächlich durchgeführt, so hat der Konkursverwalter als Inhaber des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes die dingliche Klage, bei Grundstücken auf Berichtigung des Grundbuchs, bei beweglichen Sachen auf Herausgabe.

Der im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs erfolgte gutgläubige Erwerb wird geschützt,[130]) nicht dagegen der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen.

Dagegen dringt der Konkursverwalter in letzterem Falle gegen den Erwerber mit seiner Klage nicht durch, es sei denn, daß die Sache ihm abhanden gekommen wäre.[131]) Wie Eccius[132]) in der Besitzübertragung durch den der Verfügung beraubten Gemeinschuldner für den verfügungsberechtigten Konkursverwalter stets

---

[130]) § 7 KO.; § 892 BGB.
[131]) §§ 932, 935 BGB.
[132]) a. a. O. Ziff. 6.

ein Abhandenkommen sehen kann, ist mir unverständlich. Abhandenkommen bedeutet unfreiwilligen Besitzverlust. Dieser könnte nur vorliegen, wenn der Gemeinschuldner die Sache dem sie bereits im Besitz habenden Konkursverwalter gegen dessen Willen weggenommen hätte, nicht aber wenn er sie z. B. vor dessen Besitzergreifung veräußert hat.

C. Ergebnis.

§ 25.

Vorliegende Betrachtung hatte sich im § 1 zwei Fragen gestellt.

Die erste war: Welches Schicksal bereiten die §§ 134 bis 136 einer vom Gesetz oder vom Richter verbotenen Verfügung, welche Folgen knüpfen sie an ein Veräußerungsverbot? Darauf ist im Teil I des näheren eingegangen.

Es ist dabei auf die theoretische Konstruktion sowohl der absoluten Unwirksamkeit, die keine weiteren Schwierigkeiten bietet, wie auch der relativen Unwirksamkeit kein großes Gewicht gelegt worden aus der Erwägung heraus, daß sich eine völlig einwandfreie, in jeder Richtung befriedigende juristische Konstruktion der sogen. „relativen Unwirksamkeit" doch nicht durchführen läßt, daß dieses Institut vielmehr zu jenen Konzessionen an den heutigen komplizierteren Verkehr gehört, die, wenn ich so sagen darf, einer rein logisch-mathematischen Erfassung trotzen.

Die zweite Frage war: Wo sind im Bürgerlichen Gesetzbuch die Veräußerungsverbote zu finden, auf welche die §§ 134 u. 135 Bezug nehmen? Die Beantwortung dieser Frage ist bei allen näher betrachteten Verboten, die gewöhnlich als Veräußerungsverbote bezeichnet werden, negativ ausgefallen. Keine der angezogenen Bestimmungen richtete sich nach den §§ 134, 135 oder hatte sie auch nur

zu ihrer Hilfe nötig. Im Bürgerlichen Gesetzbuch sind keine Veräußerungsverbote gefunden worden.[133])

Die §§ 134, 135 erscheinen mithin, soweit lediglich das Bürgerliche Gesetzbuch in Betracht gezogen wird — und das ist das Ergebnis dieser Betrachtung —, als überflüssig. Eine Daseinsberechtigung kommt ihnen — und damit wird über das Bürgerliche Gesetzbuch hinausgegangen — erst durch Vermittlung des § 136, durch Anwendung auf die richterlichen Verbote zu, wobei wiederum die Verwandtschaft mit den als unechte Veräußerungsverbote bezeichneten, in den letzten Paragraphen behandelten Bestimmungen hervortritt.

---

[133]) vgl. auch Seuffert, Komm. z. ZPO. S. 424 Anm. 2a; Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. S. 501 Anm. 1.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.